

Sobre o *Habeas Corpus*

Nilson Naves

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Falo-lhes da liberdade. Conversando a respeito do *habeas corpus*, estamos conversando a propósito da liberdade. Sem aligeirar tanto o passo, irei, entretanto, falar-lhes, em apressadas palavras, sobre o que Pontes denominou “remédio jurídico processual mais eficiente em todos os tempos: o *habeas corpus*”. É o *habeas corpus*, entre nós, ação, di-lo pelo menos o texto constitucional (“são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*...”), embora se ache ele inscrito, processualmente, entre os recursos. Isso não significa tanto assim porque a revisão também lá se encontra inscrita.

Há quem - vários pensadores, vários e bons versejadores -, há quem acrescente a “remédio” o adjetivo “heróico”. O acréscimo também nos dá conta de alguns acontecimentos com o mandado de segurança; aliás, hoje, tal acontece com os instrumentos que assegurem alguma medida urgente. Era, no início da República, o *habeas corpus* que a tudo assegurava - vejam que assegurava a liberdade individual no seu sentido mais amplo; protegia outras liberdades que não apenas a de locomoção; garantia outros direitos; consentia, pois, inúmeras medidas urgentes. Era, sabemos todos, a doutrina brasileira, donde surgiria o mandado de segurança. Felicíssima para isso foi à judicatura, por exemplo, de Pedro Lessa, entre 1907 e 1921. Escreveu: “... as garantias constitucionais são estabelecidas em favor da liberdade e outros direitos dos indivíduos e não contra estes” (HC-2.774, de 1909). Hoje, para meu pessoal desgosto, andam transformando exceções em regras - inviolabilidades em violabilidades. Onde se lê “são invioláveis”, hoje, bem ou mal-intencionados, andam lendo “são violáveis”. Assim como se celebram com o *habeas* tantas façanhas - e é bom que assim o seja -, assim também haveremos, hei eu, antes, em presença de minhas concepções, são verdade, de ter a seu respeito posições, se não de todo heróicas, ao menos condizentes com a sua real natureza. Tão marcante a sua natureza - proteção à liberdade -, que, no rumoroso caso Suzane, concedi liminar a fim de assegurar à paciente, temporariamente, o benefício da prisão domiciliar. Escrevi, depois, no voto:

“Quando deferi o pedido de liminar em 26.5.06, já se percebia, por antecipação, que, futuramente, iria eu conceder a ordem. Não era, portanto, segredo profissional a minha intenção. Disse, naquela decisão, que tinha em mãos quatro razões: garantia da autoridade de decisão anterior do Superior Tribunal, excesso de tempo, desnecessidade da prisão repetida e falta de efetiva fundamentação.

Foi a liminar criticada por toda parte, mormente quanto à opção que fiz pela prisão domiciliar da paciente, mas o foi, no geral, por críticos sem razão, sem razão alguma, por críticos com ou sem ciência jurídica. Se lhes faltava ciência, não haveriam mesmo de alcançar o sentido jurídico da decisão. Isto é evidente. Se ciência não lhes faltava, faltou-lhes, entretanto, boa-fé, porque, tendo eu já reputado ilegal a prisão - o mais -, era-me lícito, conclusivamente, optar, temporariamente, pelo menos - a prisão domiciliar. Isso também é evidente, salta aos olhos dos bem intencionados, só não à vista dos mal-intencionados. E por quê? Porque, entre outros motivos, declarei, na decisão de 26.5.06, que a prisão não era necessária, e não era mesmo, tanto que, repetida indevidamente prisão de caráter cautelar, Suzane se apresentou ao Distrito Policial. E mais: o decreto de 10.4.06 carecia de efetiva fundamentação. *Plus - change, .Q.!!!.§ c'est la même chose.*

Quanto mais muda, mais, de fato, é a mesma coisa. Quanta dificuldade, afinal, para se ter o alcance das coisas, coisas facilmente alcançáveis! Quem tem ouvidos ouça ainda o seguinte: quem pode o mais pode, incontestavelmente, o menos (*in eo quod plus est semper inest et minus*) foi escrito: no âmbito do mais, sempre se compreende também o menos. Também escreveu o excelso Maximiliano que a lei seja entendida inteligentemente: “...Teve-se em mira o fim fornecer meios para atingí-los.” Não haveríamos nós de seguir o caminho da inteligência?

Somos a lei quando lhe damos interpretações e a presunção porque somos finais é a de que sempre lhe damos a melhor das interpretações. Por isso é que somos finais, não o somos porque somos certos, mas somos certos porque somos finais. Algo mais a se escrever?”

De tão heróico e de tão eficiente que é, o *habeas corpus* tem o dom, mais que outros instrumentos jurídicos, de mexer com a história, alteran-

do-a também. Vêm-me à cabeça dois casos: um lá de fora, outro nosso. Em 1961, num Tribunal da Flórida, disse o juiz ao réu que lhe não poderia nomear advogado, porque naquele Estado só se nomeava advogado para quem advogado não possuía, se se tratasse de acusação por crime capital. E não era ali o caso, porque o crime era o de roubo. Eis, a propósito, trechos do diálogo entre o juiz e o réu:

O juiz: - Que diz o réu? Está pronto para ser julgado? O réu: - Eu não estou pronto, Excelência.

O juiz: - Por que não está pronto?

O réu: - Porque não tenho advogado.

O réu: - Excelência, eu disse: Eu peço a este Tribunal que designe advogado para assistir-me neste julgamento.

O juiz: - Desculpe, Sr. Gedeão, mas não posso designar um advogado para representá-lo (...). De acordo com as leis do Estado da Flórida, só se pode designar um advogado para assistir o réu, se ele é acusado de crime capital. Desculpe-me, mas terei que recusar o seu pedido... “(Apud Anthony Lewis, “A trombeta de Gedeão”, tradução de Beatriz Moreira Pinto Beraldo, Forense, 1966.)

21

Como um tribunal do Estado negara a ordem de *habeas corpus* a Gedeão, o caso foi ter à Suprema Corte e lá em 1963:

“... a Corte anunciou sua decisão histórica: os Ministros revogaram, por unanimidade, uma decisão anterior e determinaram que, daí por diante, a Décima Quarta Emenda assegurava que a pobreza não podia privar um réu criminal do direito à assistência judiciária. Para Gedeão isso significava um novo julgamento, desta vez com o auxílio de um advogado, e ele foi absolvido.

Entretanto, A Trombeta de Gedeão é muito mais do que a história dramática de um único caso, cujas repercussões transformarão as vidas de milhares de outros prisioneiros: é também uma análise e uma interpretação sugestiva do papel desempenhado pela Suprema Corte.” (*Idem*, 1966.)

A outra façanha do *habeas* aconteceu em Brasília, numa manhã de sábado - 14.11.64. Dou a palavra ao Relator, o saudoso Gonçalves de Oliveira (RT J 33/596-597):

“O *habeas corpus* requerido em favor do Governador Mauro Borges Teixeira me foi distribuído na tarde de sexta-feira, 13 do corrente mês. No dia 14, sábado, as portas do Tribunal estavam fechadas. Noticiavam os jornais e as estações de rádio a movimentação de tropa federal para Goiás...

...Compreendi que era meu dever de juiz, imperativo da minha consciência, deferir a liminar requerida. Não tive dúvida em apor na petição o seguinte despacho: ‘Deferido.’

... dava ao *habeas corpus* contornos construtivos, um sentido liberal, tão condizente com as aspirações do nosso povo e da nossa gente, a saber, o escopo de assegurar de maneira pronta e precisa o princípio de defesa das liberdades públicas.

O *habeas corpus*, do ponto de vista da sua eficácia, é irmão gêmeo do mandado de segurança.

Onde estiver a maldade e a injustiça, há de existir o remédio jurídico ...”

22 Reparem que, na feliz construção de Gonçalves, admitiu-se, no *habeas corpus*, a liminar que me permitiu assegurar à Suzane a prisão domiciliar e que tem permitido a mim e a tantos outros magistrados evitar ilegalidades e abusos de poder (“a liberdade, Sancho, é um dos mais preciosos bens que os céus deram aos homens... pela liberdade, assim como pela honra, se pode e se deve aventurar a vida”). Reparem, também, que a Corte Norte-americana, alterando a sua jurisprudência, fez história - história nacional - no julgamento daquela petição de *habeas corpus*.

Sabem os que me andam lendo que ando compartilhando crenças de maior fôlego em torno do *habeas corpus*. Já escrevi:

“A minha compreensão das coisas, principalmente daquelas referentes ao Direito, sempre teve, a propósito do cabimento e do alcance do *habeas corpus*, reflexões semelhantes às aquelas aqui lembradas, todas, como se viu, extraordinárias e mui sábias, dignas de registro, ontem, hoje e sempre. Por exemplo, quando fundado na alegação de falta de justa causa, impõe-se sejam as provas verificadas. O que se veda em *habeas corpus*, semelhantemente ao que acontece no recurso extraordinário, é a simples apreciação de provas - operação mental de conta, peso e medida (consulte-se, por todos, a RT J-32/703).”

Ementei tal julgamento da seguinte maneira (HC-36.824, de 6.6.05):

“*Habeas corpus* (cabimento). Matéria de prova (distinção).

1. Determina a norma (constitucional e infraconstitucional) que se conceda *habeas corpus* sempre que alguém esteja sofrendo ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação; trata-se de dar proteção à liberdade de ir, ficar e vir, liberdade indubitavelmente possível em todo o seu alcance.
2. Assim, não procedem censuras a que nele se faça exame de provas. Quando fundado, por exemplo, na alegação de falta de justa causa, impõe-se que sejam as provas verificadas. O que se veda em *habeas corpus*, semelhantemente ao que acontece no recurso especial, é a simples apreciação de provas, digamos, a operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção.
3. Admite-se, sem dúvida, *habeas corpus* que questione defeitos da sentença relativos aos seus requisitos.
4. Pedido originário do qual não se conheceu. Ordem, porém, expedida de ofício, a fim de que se julgue, na origem, o mérito da impetração.”

23

Nesse julgamento, recordei preciosas passagens de Hungria, Victor Nunes, Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves. Notem estas palavras de Pedro Chaves:

“Sr. Presidente, V. Excia. começou o brilhante e douto pronunciamento como que se justificando do exame de provas. Mas, ao contrário de Vossa Excelência, acho indispensável o exame das provas, quando se trata de *habeas corpus* fundado na alegação de falta de justa causa. Não conheço outro processo lógico de apreendimento da verdade perante uma alegação, sem o exame das provas. O que a lei não permite, e o que a doutrina desaconselha, é a reabertura de um contraditório de provas, no processo sumaríssimo de *habeas corpus*. Mas, aquelas que vêm através de certidões, aquelas que são incontestáveis perante direito, têm de ser examinadas pelo juiz, porque, senão, este não chegará a saber se há ou não justa causa.

Gosto muito do exame dos fatos, Sr. Presidente. É um processo de raciocínio que sempre adotei. Nunca esboço uma questão de direito sem fazer um preâmbulo para enquadrar o fato.”

Num caso em que se discutiu a cláusula processual - “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos” -, escrevi o seguinte nestas passagens de um voto vencido (HC-58.137):

“... a questão que momentaneamente se me põe, e que está posta diante de nós, é saber, ao que penso, sobre o alcance dos procedimentos dos tribunais de apelação e, principalmente, dos nossos, sobretudo em *habeas corpus*, claro é, tal o caso cujo exame estamos a proceder. Noutras palavras, até aonde nos é possível ir.

A minha opinião, *data venia*, é a de que a nossa tarefa não está sujeita a tantas peias, que nos impeçam de re-examinar, mesmo em *habeas corpus*, as decisões dos tribunais de apelação. Mestre Hungria, o Hungria advogado, não mais o juiz, e então parecerista, contestara o laudo pericial do noticiadíssimo caso Aída Curi...

De mim para mim mesmo, dúvida não tenho - vênha devida - quanto a que nos é lícito indagar da decisão de tribunal de apelação que envia réu a novo júri quando os precedentes jurados tenham, eventualmente, decidido em manifesta contrariedade à prova dos autos. Se é lícito a tribunal de apelação fazer essa constatação, haveremos nós de também fazê-la e, quem sabe, fazê-la sem peias e sem amarras em *habeas corpus* - ação destinada à defesa. A nós assiste o dever a que se referiu Villas Boas no já longínquo 1962.”

O *habeas corpus*, entre outras oportunidades, deu-me também a de falar o seguinte sobre provas ilícitas (RHC-16.118):

“Ora, dúvida não tenho de que o procedimento de que estamos cuidando neste caso iniciou-se afrontando textos de lei, mormente os já declinados por mim. Nasceu, portanto, morto, como morta havia nascido aquela sindicância que levei dias atrás ao conhecimento da Corte Especial, tratando-se, naquele caso, de sindicância fundada em carta anônima, quando, sabidamente, o nosso ordenamento veda, às claras, o anonimato (Art. 5º, IV), enquanto que, no caso presente, o ordenamento brasileiro, entre outras garantias, já citadas, assegura, sobretudo, a inviolabilidade do indivíduo, isto é, a minha, a sua, a nossa inviolabilidade. É uma questão de princípio, que cumpre ser proclamado, respeitado e assegurado. É o preço, sei lá se é bem esse o termo que gostaria de empregar - vá

lá! -, é o preço da democracia, do estado democrático de direito, do qual não podemos e não devemos abrir mão.

Escreveu um dos melhores historiadores dos tempos passados e dos tempos atuais que a democracia é uma plantinha tenra, cabendo a nós regá-la sempre e sempre, diariamente.

Vejam, a democracia é como uma plantinha tenra, que necessita de água, de água e, quem sabe, sabemos todos, do comportamento de todos nós, ela depende principalmente de nós a quem estão conferidos poderes de guarda das normas jurídicas.

Fundada que foi a ação penal em provas obtidas por meios ilícitos, falta-lhe, portanto, justa causa, daí que, provendo o recurso ordinário, concedo a ordem de *habeas corpus* e determino o trancamento da ação.”

Tão eficiente vem sendo o remédio, que o que nos vem assustando lá no Superior Tribunal é a multiplicidade dos *habeas corpus* - chegam-nos em grande quantidade. Vejam, tanto que instalado o Superior Tribunal (7.4.89), o Supremo Tribunal compreendeu que era sua a competência para processar e julgar originariamente *habeas corpus* cujo coator fosse qualquer tribunal, ainda quando pendesse de julgamento, no Superior, recurso especial interposto na mesma ação penal (HC-67.263, sessão de 19.4.89, DJ de 5.5.89, Ministro Moreira Alves). Contrariamente, no entanto, era a compreensão do Superior Tribunal. Prevaleceu, é óbvio, o entendimento do Supremo, ei-la conforme a ementa do HC-17 (sessão de 6.6.89, DJ de 26.6.89, Ministro Assis Toledo):

“Competência concorrente de tribunais dotados de graus de jurisdição distintos. Escolha pela parte, nessa hipótese, do Tribunal que mais lhe convém, através da escolha do meio processual. Impossibilidade, ante o caráter absoluto de competência funcional e o princípio de que a competência para o *habeas corpus* contra ato judicial será sempre do Tribunal que deveria conhecer do recurso contra esse mesmo ato. Aplicabilidade desse princípio havendo concorrência entre o ‘writ’ e o recurso especial previsto na Constituição de 1988.”

A melhor das razões estava com o Superior Tribunal. Até que eu dava outros passos, ia para a frente com o objetivo de que se estatuisse a competência do Supremo apenas para os *habeas corpus*, quando o coator fosse o

Superior, que versassem matéria eminentemente constitucional; afinal, não estava e não está escrito que compete ao Supremo, precipuamente, a guarda da Constituição? Então haveria de se tratar de ofensa eminentemente direta, jamais de ofensa reflexa.

Foi necessário que se alterasse a Constituição. Isso aconteceu no ano 1999, por meio da Emenda nº 22, e das alíneas i (competência do Supremo) e C (competência do Superior Tribunal), uma do art. 102, I, outra do art. 105, I, e foi lhes dada a seguinte redação:

“i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;”

“c) o *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea ‘a’, ou quando o coator for Tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;”

26

Como o Supremo persiste em escrever sobre a lei federal, conquanto a sua missão essencial seja a guarda da Constituição, não a da lei federal, destinada esta, precipuamente, ao Superior, a Emenda nº 22 serviu pouco, pouquíssimo mesmo, serviu mesmo foi para criar mais um grau de jurisdição; aliás, o quarto grau não é de lá, é de antes. Enquanto não se definir que a interpretação final da lei federal é da competência exclusiva do Superior, estaremos em várias hipóteses diante de quatro graus de jurisdição. Quanto ao *habeas corpus*, isso é evidente - juiz, tribunal de segundo grau, Superior e Supremo.

A Emenda nº 22, sem que se limite a competência do Supremo ao *habeas corpus* de feição eminentemente constitucional, não deu solução à questão de competência entre o Supremo e o Superior. Até que poderia ter dado solução se se entendesse que o Supremo gira em torno da Constituição, o Superior, ao redor da lei federal. Como esse conflito não tem solução, cá fica o Superior a perder um pouco da sua autoridade - deixando de ser a última palavra sobre a interpretação da lei federal -, e cá também ficamos, mais o Superior do que o Supremo, sujeitos ao castigo mitológico de fazer rolar eternamente um enorme rochedo na subida de uma vertente.

Vejam como é necessário acertarmos o passo - como no bolero, dois para lá, dois para cá - sobre as competências; se não o acertarmos, a dança não nos será prazerosa. A solução, e única, a meu ver, é a transformação do Supremo em Corte predominantemente constitucional, de acordo com o modelo europeu.

Seja lá como for, o grande problema de hoje é o processo - o seu número, enorme, chegam-nos, usando uma expressão Machadiana, às braçadas, por atacado. Se isso revela o prestígio do Judiciário - e creio que sim, isto é, as pessoas buscando solução para seus conflitos -, deixa-nos sobremaneira preocupados, porque nos faltam mãos e corações...

No Superior, ninguém tem, entre nós, nas estantes, aguardando julgamento, menos de 800 *habeas corpus*. A distribuição individual, diariamente, está entre 20 e 30, vindo todos, ou quase todos, com pedido de liminar. Isso compromete a rapidez, também a leveza e a exatidão. Quem lida com as coisas da Justiça preocupa-se com a exatidão - a segurança das palavras - das decisões, também com a rapidez - principalmente quando o que se encontra em jogo é a liberdade. Qual a solução? Chamado, em 1985, a Harvard, Italo Calvino escreveu cinco conferências, não as proferiu porque a morte prematuramente lhe tirou a vida. Eram propostas para o próximo, agora atual, milênio - leveza, rapidez, exatidão, visibilidade e multiplicidade. Sempre as leio, na perfeita tradução de Ivo Barroso. Há, nelas, algo que também mexe com as coisas das Leis, do Direito, da Justiça, etc. Por exemplo, a propósito da rapidez, Calvino termina a conferência com esta história chinesa:

“Entre as múltiplas virtudes de Chuang-Tsê estava a habilidade para desenhar. O rei pediu-lhe que desenhasse um caranguejo. Chuang-Tsê disse que para fazê-lo precisaria de cinco anos e uma casa com 12 empregados. Passados cinco anos, não havia sequer começado o desenho. ‘Preciso de outros cinco anos’, disse Chuang-Tsê. O rei concordou. Ao completar-se o décimo ano, Chuang-Tsê pegou o pincel e num instante, com um único gesto, desenhou um caranguejo, o mais perfeito caranguejo que jamais se viu.” (“Seis propostas para o próximo milênio”, Cia. das Letras, 1990.)

A história é instigante como instigantes são os escritos de Calvino. Eu gostaria mesmo era de ter aquele pincel não para desenhar o mais perfeito caranguejo que jamais se viu, mas para, com tal rapidez e tal exatidão, dar solução aos meus oitocentos e tantos *habeas corpus* - porque a liberdade, Sancho, é um dos mais preciosos bens...